



Fundação Educacional do Município de Assis  
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis  
Campus "José Santilli Sobrinho"

**HELOISA APARECIDA RANTIN DUARTE**

**GUARDA COMPARTILHADA**  
**ASPÉCTOS POSITIVOS E NEGATIVOS**

Assis

2014

**HELOISA APARECIDA RANTIN DUARTE**

**GUARDA COMPARTILHADA**  
**ASPÉCTOS POSITIVOS E NEGATIVOS**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Instituto Municipal de  
Ensino Superior de Assis, como  
requisito do Curso de Graduação em  
Direito.

Orientando: Heloisa Aparecida Rantin Duarte

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Lenise Antunes Dias

Assis

2014

## FICHA CATALOGRÁFICA

DUARTE, Heloisa Aparecida Rantin

Guarda Compartilhada Aspectos Positivos e Negativos/ Heloisa Aparecida Rantin Duarte. Fundação Educacional do Município de Assis, 2014.

42 p.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Lenise Antunes Dias

Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis –  
IMESA.

1. Família. 2.Sociedade Conjugal. 3.Cônjuges. 4.Genitor. 5.Menor. 6.Guarda.  
7.Guarda Compartilhada.

CDD: 340

Biblioteca da FEMA

**GUARDA COMPARTILHADA**  
**ASPÉCTOS POSITIVOS E NEGATIVOS**

HELOISA APARECIDA RANTIN DUARTE

Monografia apresentada ao Departamento do Curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e à Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão do curso, analisado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: \_\_\_\_\_

Analisador: \_\_\_\_\_

Assis

2014

## DEDICATÓRIA

Dedico primeiramente a Deus, que iluminou o meu caminho durante todo o desenvolvimento deste trabalho. A minha família, por terem acreditado em mim nos momentos que nem eu mesma acreditava e por terem me proporcionado realizar o meu sonho de cursar a Faculdade de Direito. E ao meu namorado, por ter sido sempre tão compreensivo nos momentos em que me fiz ausente para me dedicar à conclusão deste trabalho.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, pois, sem ele eu não teria tido forças durante essa longa e árdua jornada de estudos e pesquisas. Agradeço a minha orientadora, professora Lenise, pela dedicação, confiança e por ter acreditado nas minhas ideias e me ajudado a transformar o meu projeto neste trabalho. Ao meu pai Laércio, pelo apoio e por ter sido sempre um exemplo a ser seguido por mim. A minha mãe Conceição, que sempre esteve ao meu lado me incentivando e me dando força em todos os momentos deste trabalho e da minha vida, e por ser esse ser humano lindo por quem tenho tanta admiração. Aos meus irmãos Danila e Gabriel, pelo carinho e apoio. Ao meu namorado Diogo, por sempre me motivar a estudar e a buscar os meus objetivos, por ter sido tão paciente comigo nos momentos em que estava nervosa e por ter contribuído muito para este trabalho. Aos meus amigos que direta ou indiretamente contribuíram para a conclusão do presente trabalho.

“Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades, lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram conquistadas do que parecia impossível.”

Charles Chaplin

## RESUMO

O presente trabalho trata de uma questão de suma importância para o Direito de Família, que é a guarda compartilhada. A guarda compartilhada é atualmente a regra de aplicação de guarda, sendo aplicada inclusive quando não houver acordo com relação à detenção da guarda dos filhos menores. A guarda compartilhada como qualquer outra espécie de guarda possui pontos positivos e negativos, esses aspectos foram expostos na referida pesquisa. Destacando-se como ponto positivo o interesse do menor, que será sempre o principal critério de aplicação de qualquer espécie de guarda, não sendo diferente para a compartilhada. A guarda compartilhada consiste em paridade de direitos e deveres entre os pais, mesmo nos casos de pais divorciados, estes continuarão presentes na vida dos filhos e nas decisões que forem relacionadas aos infantes. Temos como ponto negativo, a possibilidade de ser aplicado mesmo nos casos em que não há o consenso entre os genitores com relação à modalidade de guarda a ser aplicada e quem será o guardião. A guarda compartilhada implica em uma maior convivência entre o ex-casal, isso porque eles dividirão as decisões relacionadas à vida do menor.

**Palavra-chave:** Família. Sociedade Conjugal. Cônjuges. Genitor. Menor. Guarda. Guarda Compartilhada.

## **ABSTRACT**

The present work is a matter of paramount importance to family law, which is shared custody. The shared custody is currently the rule application guard, being applied even when there is no agreement regarding the arrest of custody of minor children. The shared custody like any other kind of guard has positives and negatives, these aspects were exposed in the initial research. Excelling as a positive point of minor interest, they will always be the main criterion for the application of any kind of guard, not being different for the shared. The shared custody consists of equal rights and duties of parents, even in cases of divorce, they will still be present in the lives of children and the decisions that are related to infants. We as a negative point, the possibility of being applied even in cases where there is no consensus between the parents regarding the type of custody to be applied and who will be the guardian. The shared custody implies a greater interaction between the former couple, this because they will split decisions related to the life of the minor.

**Keywords:** Family. Conjugal Society. Spouse. Parent. Minor. Custody. Joint Custody.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>1. DA FAMÍLIA</b> .....	<b>13</b>
1.1 DEFINIÇÃO.....	13
1.2 LINEAMENTOS HISTÓRICOS .....	14
1.3 FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA.....	16
1.4 DO CASAMENTO – NOÇÕES GERAIS .....	17
1.5 DO DIREITO DA FAMÍLIA.....	18
1.6 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA .....	19
<b>2. DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL</b> .....	<b>21</b>
2.1 DISSOLUÇÃO PELA MORTE DE UM DOS CÔNJUGES .....	23
2.2 DISSOLUÇÃO PELA NULIDADE E ANULAÇÃO DO CASAMENTO .....	24
2.3 SEPARAÇÃO JUDICIAL E A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010.....	25
2.4 DISSOLUÇÃO PELO DIVÓRCIO .....	27
<b>3. GUARDA COMPARTILHADA</b> .....	<b>28</b>
3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A GUARDA DOS FILHOS.....	28
3.2 GUARDA E SUAS ESPÉCIES .....	29
3.3 DISPUTA DE GUARDA .....	31
3.4 GUARDA COMPARTILHADA: ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS	33
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>39</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>41</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo sobre a guarda compartilhada. Para tanto foi dividido em três capítulos, sendo o primeiro dedicado a família, o segundo a dissolução da sociedade conjugal e o terceiro a guarda dos filhos com enfoque na guarda compartilhada.

Neste primeiro capítulo é analisado o conceito de família, e a história sobre esse importante instituto. É demonstrado a evolução história que a família teve e como esse instituto sofre diretamente com as mudanças da sociedade. O casamento por ser o principal meio de formação da família, também é abordado, assim como suas causas de impedimento. Ao final desse primeiro capítulo, analisaremos o direito de família e os princípios que o rege.

VENOSA (2010, p.2) trata de dois tipos de definição para a Família:

Desse modo, importa considerar a família em *conceito amplo*, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes, e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins. Nessa compreensão, inclui-se o cônjuge, que não é considerado parente. Em um *conceito restrito*, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder ou poder familiar.

Nesse sentido compreende-se como família tanto as pessoas que são ligadas por vínculo de afinidade como os ligados pelos laços sanguíneos.

Em um segundo momento, trataremos da dissolução da sociedade conjugal, de modo a explicar o que é essa dissolução. Diferenciaremos, vínculo conjugal de sociedade conjugal. Esse capítulo está diretamente relacionado ao tema central, pois as disputas de guarda começam no momento em que os cônjuges percebem que se tornou insuportável a vida a dois.

De acordo com o artigo 1.571 do Código Civil:

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

- I. pela morte de um dos cônjuges;
- II. pela nulidade ou anulação do casamento;
- III. pela separação judicial;
- IV. pelo divórcio.

Estão elencadas no referido artigo as formas de dissolução da sociedade conjugal.

O último capítulo será dedicado ao tema central do presente trabalho, que é a guarda dos filhos dando enfoque à guarda compartilhada, que é considerada a espécie de guarda que atende melhor as necessidades do menor.

Segundo GONÇAVES (2010, p. 285):

Na guarda compartilhada, a criança tem o referencial de uma casa principal, na qual vive com um dos genitores, ficando a critério dos pais planejar a convivência em suas rotinas quotidianas e, obviamente, facultando-se as visitas a qualquer tempo.

Portanto, a guarda compartilhada não consiste em tornar a criança um objeto, ficando de tempos em tempos com e com o outro genitor, mas sim garantir que mesmo nos casos em que os genitores não estejam mais junto maritalmente ou por meio de união estável, possam acompanhar o crescimento e desenvolvimento do menor, dividindo igualmente entre si os direitos e deveres com relação ao infante.

## 1. DA FAMÍLIA

A presente monografia tem como objetivo principal estudar a guarda compartilhada. Para tanto, neste capítulo serão tratadas algumas considerações sobre a família, como também sobre o Direito de Família.

### 1.1 DEFINIÇÃO

É difícil encontrarmos um conceito jurídico de família que possa nos permitir entendermos o que é esse instituto, visto que, o mesmo é algo complexo e em constante mutação. Se analisarmos o significado da palavra “família” encontraremos em nosso Dicionário Aurélio várias definições, como “o pai, a mãe e os filhos: família numerosa. Todas as pessoas do mesmo sangue, como filhos, irmãos, sobrinhos etc”

No entanto essa definição é muito vaga, pois o direito também considera como família aqueles que não possuem laços sanguíneos. Nesse sentido complementa VENOSA (2010, p. 2), trazendo dois tipos de definição para família:

Desse modo, importa considerar a família em *conceito amplo*, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes, e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins. Nessa compreensão, inclui-se o cônjuge, que não é considerado parente. Em um *conceito restrito*, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder ou poder familiar.

É possível observamos que, a família é tanto aquela em que há ligação por laços sanguíneos, como aquela em que por uma afinidade passamos a considerar como tal. Diante desta definição podemos arriscar em dizer que a família é o conjunto de pessoas pelas quais possuimos afinidade, laços sanguíneos ou não, e com as quais vivemos.

Embora a entidade familiar ainda seja vista como uma entidade comandada por uma autoridade titular, é mais do que evidente que essa autoridade antes una, seja hoje, dividida entre duas ou mais pessoas. Isso decorre da autonomia que as mulheres com o passar dos anos adquiriram, de tal modo a dividirem o comando da família com seus companheiros.

A Bíblia Sagrada (MATEUS 19: 4-6 – DISSE JESUS) traz uma definição de família:

Ele, porém, respondendo, disse-lhes: Não tendes lido que, no princípio, o Criador os fez macho e fêmea e disse: Portanto, deixará o homem pai e mãe e se unirá à sua mulher, e serão dois numa só carne. Assim não são mais dois, mas uma só carne.

A definição trazida pela Bíblia Sagrada é respeitada e aclamada pelos cristãos, porém essa definição é muito restrita de modo a deixar de fora os filhos advindos da adoção, as famílias formadas por qualquer dos pais ou seus descendentes.

A família é um núcleo fundamental para a organização social, e que recebe uma proteção ampla do Estado. É uma instituição tão importante que está consagrada no artigo 226 da Constituição Federal.

## 1.2 LINEAMENTOS HISTÓRICOS

A família é um instituto mais antigo que o Direito. Desde os primórdios pessoas se unem para ajudar umas as outras e para procriarem.

A respeito da evolução da família DILL (2011 *web* – cita Medeiros p. 31-2) ressalta a seguintes teorias:

Basicamente a família segundo Homero, firmou sua organização no patriarcado, originado no sistema de mulheres, filhos e servos sujeitos ao poder limitador do pai. Após surgiu a teoria de que os primeiros homens

teriam vivido em *hordas promíscuas*, unindo-se ao outro sexo sem vínculos civis ou sociais. Posteriormente, organizou-se a sociedade em tribos, evidenciando a base da família em torno da mulher, dando origem ao matriarcado. O pai poderia até ser desconhecido. Os filhos e parentes tomavam as normas e nome da mãe.

Segundo o referido autor, as famílias por um breve período foram comandadas pelas mulheres, que logo perderam o controle da família para os homens, que passaram a assumir o “pátrio poder” e a controlar os bens.

Conforme VENOSA (1997 apud ENGELS, 2010, p.3), o grupo familiar no estado primitivo da civilização não se relacionava individualmente, as relações sexuais ocorriam entre todos os membros que faziam parte daquele grupo (endogamia).

A partir de então surge à monogamia que introduziu o exercício do poder paterno. Família monogâmica, segundo VENOSA (2010, p. 3) “a família monogâmica converte-se, portanto, em um fator econômico dos lares, nos quais existem pequenas oficinas.”

Essa situação de acordo com VENOSA muda com a Revolução Industrial, que faz com que a família perca sua característica de produção, perdendo inclusive seu papel econômico, de modo a transferir suas funções para o âmbito espiritual. Com isso a família passa a desenvolver os valores afetivos, morais e espirituais entre os seus membros.

Durante um longo período da história em algumas culturas, a família se fundava no poder paterno ou poder familiar, dessa situação nasce o culto familiar. A ligação que unia os membros dessas famílias era algo mais poderoso que o elo do nascimento, pois o que as vinculavam era a religião doméstica e o culto dos antepassados.

De acordo do GONÇALVES (2010, p. 32) “durante a Idade Média as relações familiares regiam-se exclusivamente pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido.” Com isso conclui-se que antes a família só era reconhecida como tal se fosse fundada por meio do casamento, não sendo

reconhecida e respeitada às demais uniões que não fossem formadas por meio de um casamento religioso.

### 1.3 FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

A família ao longo da história vem sofrendo grandes mudanças, uma dessas dá-se ao fato de que hoje, existe o *poder familiar* (hoje essa expressão é considerada mais adequada do que “pátrio poder” que era usada pelo Código Civil de 1916), que é exercido de forma igualitária pelo o homem e a mulher, passando a dividir o poder de decisão e de controle.

Após a mulher conquistar esse espaço dentro da família e da sociedade, passou-se a aceitar o divórcio e com isso surgiu mais uma mudança no aspecto familiar. Começamos a nos deparar com famílias, cujos pais são separados e apenas um deles vivem com os filhos, podendo ambos virem a constituir novas famílias.

O nosso ordenamento jurídico passou a considerar como família aquelas formadas por qualquer um dos pais ou descendentes e aquelas em que não há o casamento em cartório, a essa o Direito passou a chamar de União Estável, a qual garante os mesmos direitos e deveres do casamento civil.

Recentemente o STF estendeu a União Estável para os casais homoafetivos. O julgado abaixo mostra que nossos Tribunais Superiores vêm reconhecendo a união estável entre casais homoafetivos:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. SOCIEDADE DE FATO. PARTILHA. PATRIMÔNIO AMEALHADO POR ESFORÇO COMUM. PROVA. 1. Esta Corte Superior, sob a ótica do direito das obrigações (art. 1.363 do CC/1916) e da evolução jurisprudencial consolidada na Súmula n.º 380/STF, firmou entendimento, por ocasião do julgamento do REsp n.º 148.897/MG, no sentido da possibilidade de ser reconhecida sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, exigindo, para tanto, a demonstração do esforço comum para aquisição do patrimônio a ser partilhado. 2. A repartição dos bens, sob tal premissa, deve acontecer na proporção da contribuição pessoal, direta e efetiva de cada um dos integrantes da dita

sociedade. 3. "A aplicação dos efeitos patrimoniais advindos do reconhecimento de união estável a situação jurídica dessemelhante, viola texto expresso de lei, máxime quando os pedidos formulados limitaram-se ao reconhecimento e dissolução de sociedade de fato" (REsp n.º 773.136/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJU de 13/11/2006). 4. Recurso especial provido.

O reconhecimento da união estável homoafetivo é um grande avanço para nosso direito. Para que um casal do mesmo sexo possa ter reconhecida a união estável é preciso que tenham um relacionamento público e duradouro, poderá ir a um cartório e oficializar a União Estável entre eles. Essa questão ainda gera muita polêmica, principalmente para a Igreja Católica e Evangélica. A adoção entre casais homoafetivos é possível, embora ainda muito discutida.

Com isso, é possível perceber que a família acompanha as mudanças sociais do nosso século e não há como impedir que essas mudanças venham a alterar o instituto familiar.

#### 1.4 DO CASAMENTO – NOÇÕES GERAIS

O casamento para muitas pessoas é um ato religioso e sagrado, onde um homem e uma mulher se unem em geral ligados a um vínculo afetivo ou por interesses em comum.

Já o Direito, vê o casamento como uma das instituições mais importantes do Direito privado, por ser à base da família, que é o núcleo da nossa sociedade.

De acordo com o que explica DINIZ (2009, p.37) "o casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família."

Essa explicação a cerca do casamento, traz exatamente a sua finalidade, que é acima de qualquer coisa, a constituição de uma família, que pode ser ou não com filhos. No entanto, esse conceito deixa de fora a união entre pessoas do mesmo sexo. Conforme mencionado a cima, a União Estável é possível mesmo entre pessoas do mesmo sexo.

Qualquer pessoa é livre para se casar, porém o nosso Código Civil em seus artigos 1.517 a 1.522 traz quem pode contrair núpcias e as causas impeditivas. Conforme expressa determinação legal, menores de dezesseis anos podem casar, desde que com expressa autorização de ambos os pais ou representantes. Já segundo nosso texto legal não podem casar, por exemplo, os ascendentes com os descendentes sejam pelo parentesco natural ou civil, irmãos, o adotado com o filho do adotante, dentre outras hipóteses.

## 1.5 DO DIREITO DE FAMÍLIA

Constitui em um ramo do Direito Civil que regula as relações entre pessoas unidas pelo casamento, união estável ou por parentesco.

Conforme alude BEVILÁQUA (1954, p. 6)

Constitui o direito de família o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela.

Segundo o conceito do autor, é possível perceber que tudo o que envolve a família é regido pelo Direito de Família. Desde o casamento, até questões como guarda dos filhos e divisão de bens, disciplinadas por esse importante instituto.

O Direito de Família é considerado tão importante assim, pois ele regula as relações do principal núcleo tutelado pelo ordenamento jurídico, a família, cabendo ao Estado zelar por ela conforme prevê nossa Constituição Federal em seus artigos 226 a 230.

Encontramos no Código Civil de 2002 o Livro IV todo destinado ao Direito de Família. Os artigos contidos dentro deste livro tratam do casamento, da capacidade para o casamento, dos impedimentos, das causas suspensivas, da celebração do

casamento, da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, da proteção da pessoa dos filhos, das relações de parentesco, da filiação, do reconhecimento dos filhos, da adoção, do poder familiar, do direito patrimonial, do usufruto e da administração dos bens de filhos menores, dos alimentos, do bem de família, da união estável e da tutela e curatela. Todos esses temas estão distribuídos do artigo 1.511 a 1.783 do Código Civil.

Sem dúvida a questão mais delicada que envolve o direito de família é a tutela dos menores, por isso nosso ordenamento tem um cuidado especial com questões relacionadas a eles, principal objeto da presente monografia.

## 1.6 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Com o passar do tempo, tornou-se importante e necessário encontrar meios de soluções para problemas que surjam na seara do Direito de Família. Criaram-se então alguns princípios para nortear este instituto.

Analisaremos alguns dos mais importantes princípios que regem o direito de família, segundo entendimento de GONÇALVES (2010, p.22).

Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros: a partir desse princípio as decisões passaram a serem tomadas em comum acordo pelos cônjuges ou conviventes, no que diz respeito aos direitos e deveres à sociedade conjugal;

Princípio da Liberdade: o homem e a mulher são livres para constituírem família, seja por meio do casamento ou pela união estável, sem que o Estado intervenha ou qualquer outra pessoa, salvo nos casos em que a lei assim determina;

Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos: conforme nosso ordenamento expressamente traz, os filhos gozam dos mesmos direitos e deveres, sem distinção entre filhos legítimos, naturais ou adotivos;

Princípio do respeito da dignidade da pessoa humana: tem por base o afeto, garantir o pleno desenvolvimento dos seus membros;

Princípio do superior interesse da criança e do adolescente: este princípio é muito importante para as soluções de conflitos com relação às questões como separação ou divórcio dos genitores. Cuida para que o interesse da criança e do adolescente seja respeitado;

Princípio da afetividade: norteia as relações familiares para que tenham como base o afeto e o cuidado principalmente com as crianças e adolescentes, está diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois para muitos estudiosos, a família vem se formando cada vez mais baseada na afeição;

Esses princípios têm como finalidade nortear as relações familiares e ocorrendo conflitos buscarem através deles a melhor solução.

## **2. DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL**

Neste capítulo será tratado sobre dissolução da sociedade conjugal e a Emenda Constitucional 66/2010 que fez importantes modificações no artigo 226 da Constituição Federal, e abordaremos a diferença entre vínculo conjugal e sociedade conjugal.

Em 28 de junho de 1977 foi aprovada a Emenda Constitucional n. 9, que instituiu o divórcio em nosso país, servindo para regulamentar a Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977 que regula as possibilidades de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e eventuais processos.

O nosso atual Código Civil consolidou as regras que estão previstas na Lei n. 6.515/77, constando nele todas as possibilidades de dissolução da sociedade conjugal. De acordo com o Artigo 1.571 do Código Civil:

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

- I. pela morte de um dos cônjuges;
- II. pela nulidade ou anulação do casamento;
- III. pela separação judicial;
- IV. pelo divórcio.

Conforme o texto legal supracitado, essas são as hipóteses em que termina a sociedade conjugal.

Embora hoje seja possível deixar de existir o casamento ou a sociedade conjugal, o vínculo por sua vez não desaparece com a simples demonstração de vontade das partes, desaparecendo somente pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.

O parágrafo primeiro do respectivo artigo veio para pacificar a situação do cônjuge que está ausente.

§1º. O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

Pelo nosso Código anterior de 1916, a presunção da morte do cônjuge ausente impedia que o outro se casasse novamente, só sendo possível caso houvesse uma ação judicial para a dissolução do vínculo anterior.

Segundo o entendimento de DINIZ (2009, p. 249) “A morte real ou presumida de um dos consortes não dissolve apenas a sociedade conjugal, mas também o vínculo matrimonial, de maneira que o sobrevivente poderá convolar novas núpcias.”

Essa foi uma importante alteração que nosso atual Código Civil trouxe a cerca do cônjuge ausente.

GONÇALVES (2010, p. 201) traz uma importante distinção entre o término da sociedade conjugal e a dissolução do vínculo matrimonial:

Sociedade conjugal é o complexo de direitos e obrigações que forma a vida em comum dos cônjuges. O casamento cria a família legítima ou matrimonial, passando os cônjuges ao *status* de casados, como partícipes necessários e exclusivos da sociedade que então se constitui. Tal estado gera direitos e deveres, de conteúdo moral, espiritual e econômico, que se fundam não só nas leis como nas regras da mora, da religião e dos bons costumes.

Tal distinção é importante para entendermos as espécies que encerra a sociedade conjugal e as espécies que além de pôr fim à sociedade coloca fim também para o vínculo conjugal.

## 2.1 DISSOLUÇÃO PELA MORTE DE UM DOS CÔNJUGES

A morte do cônjuge coloca fim a sociedade conjugal, ela pode ser real ou presumida. A morte real é aquela encontrada no inciso I e no § 1º do Artigo 1571 do Código Civil de 2002. Quando a morte é real, em conformidade com o artigo retromencionado, gera para o cônjuge vivo a autorização de se casar novamente, cabe aqui ressaltar que, se for mulher, terá de respeitar o prazo de 10 meses de viuvez, conforme artigo 1523, II do Código Civil:

Art. 1.523. Não devem casar:

II) a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal.

Esse prazo é exigido, segundo GONÇALVES (2010, p. 87) para “evitar a *turbatio sanguinist*”, que é a confusão de sangue, ajudando assim a prevenir a confusão da paternidade. A viúva só não precisará respeitar esse prazo caso tenha tido um filho antes de encerrar esse prazo ou que seja provada a inexistência de gravidez.

Segundo o que traz DINIZ (2009, p. 251): “A morte de um dos consortes produz efeito dissolutório tanto da sociedade como do vínculo conjugal, fazendo cessar o impedimento para contrair novo casamento.”

A dissolução do casamento ocorre tanto para a morte real, aquela em que há um atestado de óbito registrado em cartório, quanto para aquela em que é presumida a morte do cônjuge, com ou sem declaração de ausência.

A morte presumida sem declaração de ausência ocorre nas hipóteses do Artigo 7º do Código Civil, que são: I) se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II) se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

De acordo com o Parágrafo único do artigo 7º do Código Civil, “a declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.”

Já a morte presumida com declaração de ausência, ocorre no caso do Artigo 6º do Código Civil, que trata “A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.”

É mister salientar que caso o presumido morto retorne, e encontre seu ex-cônjuge casado novamente, a morte presumida deixará de existir, assim como os efeitos dela, logo o atual casamento do seu ex-cônjuge será nulo. (DINIZ, 2009),

## 2.2 DISSOLUÇÃO PELA NULIDADE E ANULAÇÃO DO CASAMENTO

As formas de nulidade e anulabilidade estão previstas em nosso Código Civil, estando presentes no artigo 1548 as hipóteses em que o casamento será nulo.

Segundo tal artigo, será nulo o casamento contraído, pelo enfermo mental sem o necessário discernimento dos atos da vida civil, são os portadores de algum tipo de patologia mental. Não podem convolar núpcias, pois por conta de suas deficiências não possuem capacidade de discernimento.

Por infringência de impedimentos, previstos no artigo 1521, I a Vii do Código Civil. Não se permite casamento entre parentes consangüíneos, incluindo os adotados. Essas são as hipóteses em que não se permite que aconteça o casamento, pois se trata de nulidade. Qualquer casamento que ocorra em desacordo com uma dessas hipóteses citadas, é nulo não produzindo efeitos.

No artigo 1550 do Código Civil encontramos as hipóteses de anulação do casamento. O casamento é anulável quando contraído por quem ainda não

completou a idade mínima para se casar. Pelo menor ainda em idade núbil, sem a autorização de seu representante, visto que homens e mulheres com 16 anos podem se casar desde que com a autorização, até que se atinja a maioridade civil. É anulável também o casamento realizado por meio de coação, ou seja, quando uma das partes se casa por estar sendo pressionada. É possível anular o casamento por erro essencial quando à pessoa do outro cônjuge, aqui é importante ressaltar que o erro tem que ter sido motivo determinante do ato nupcial, pois caso o erro fosse conhecido anteriormente não haveria o casamento.

### 2.3 SEPARAÇÃO JUDICIAL E A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010

Antes da Emenda Constitucional 66/2010 o texto legal do artigo 226 da Constituição Federal era dessa forma, “art. 226, § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.” Exigia-se que primeiro houvesse a separação e que fosse atendido o prazo legal para que depois fosse convertido em divórcio.

Conforme DINIZ (2009, p.285) “a separação judicial é uma medida preparatória da ação do divórcio”, ou seja, a separação era tida como meio necessário para ser pleiteado o divórcio.

Após a Emenda, o artigo 226 da Constitucional Federal art. 226, § 6º “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.” A emenda suprimiu a necessidade de que os ex-cônjuges estivessem separados há mais de dois anos para que pudessem requerer o divórcio.

DIAS (2010) explica a importância dessa modificação do texto constitucional:

O avanço é significativo e para lá de salutar, pois atende ao princípio da liberdade e respeita a autonomia da vontade. Afinal, se não há prazo para casar, nada justifica a imposição de prazos para o casamento chegar ao

fim. De todo descabido obrigar pessoas que não mais se amam a preservar um vínculo inexistente. O novo comando legal, além de trazer proveito às partes, também vai produzir significativo desafogo do Poder Judiciário.

Nossos tribunais têm seguido essa mesma linha de raciocínio e tem proferido os seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DIVÓRCIO - PRÉVIA SEPARAÇÃO JUDICIAL POR MAIS DE UM ANO OU SEPARAÇÃO DE FATO POR MAIS DE DOIS ANOS - DESNECESSIDADE - NOVA REDAÇÃO DO ART. 226, § 6º, DA CR/88- EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010.

Com nova redação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, dada pela EC66/2010, para a decretação do divórcio não é mais necessária a prévia separação judicial por mais de um ano ou a comprovação da separação de fato por mais de dois anos.

- Com o advento da EC n.º 66, é descabida a exigência de prévia separação judicial ou comprovação de separação de fato para a concessão do divórcio.

DIREITO DE FAMÍLIA - DIVÓRCIO CONSENSUAL - COMPROVAÇÃO DE LAPSO TEMPORAL DE SEPARAÇÃO DE FATO OU JUDICIAL - EXIGÊNCIA AFASTADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 - SENTENÇA MANTIDA.

1. Segundo a nova redação do art. 226, § 6º, da Constituição da República, introduzida pela Emenda Constitucional nº 66/2010, o "casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio", ou seja, não se exige lapso temporal para o divórcio, como era previsto na antiga redação deste dispositivo.

2. Recurso não provido.

Evidencia-se assim que para requerer o divórcio não necessita que seja interposto um pedido de separação e nem que seja observado o prazo de mais de dois anos. Para tanto basta que os ex-cônjuges requeiram diretamente o divórcio para que seja rompido o vínculo conjugal.

Portanto, a separação judicial foi suprimida como requisito para o divórcio, porém ainda há discussões para saber se ainda há separação ou se está foi totalmente suprimida pela referida emenda.

## 2.4 DISSOLUÇÃO PELO DIVÓRCIO

Atualmente divórcio é admitido em nosso país, ele foi introduzido pela Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977. Foi sem dúvida um marco na história do direito brasileiro, que após décadas de lutas contra a Igreja Católica, que era contra o divórcio, enfim conseguiu introduzir em nosso ordenamento o divórcio suprimindo o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial.

O divórcio é uma forma de dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial, diferente da separação que somente coloca fim a sociedade conjugal.

DINIZ (2009, p. 336) conceitua divórcio como, “o divórcio é a dissolução de um casamento válido, ou seja, extinção do vínculo matrimonial, que se opera mediante sentença judicial ou escritura pública, habilitando as pessoas a convolar novas núpcias.”

Para que seja válido o pedido do divórcio é necessário que exista um casamento válido e que o pedido seja feito pelos cônjuges, pois somente eles podem pedir o divórcio.

Antes da Emenda Constitucional 66/2010 era necessário para o pedido de divórcio ter respeitado o prazo de um ano do trânsito em julgado da sentença que decretou a separação judicial ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, e qualquer um dos cônjuges poderia requerer a conversão da separação judicial em divórcio, devendo ser verificado um motivo legal para o divórcio e se havia separação de fato por mais de dois anos. Se estivessem presentes esses requisitos o divórcio seria concedido.

Após a referida emenda, deixou de ser necessário respeitar os mencionados requisitos para que fosse requerido o divórcio. Portanto, atualmente para que o divórcio seja concedido basta que um dos ex-cônjuges o requeira diretamente.

### 3. GUARDA COMPARTILHADA

Neste capítulo será abordado o tema central do presente trabalho, que é a guarda compartilhada, analisando os aspectos positivos e negativos que gera para o menor, fazendo uma crítica acerca de sua aplicação entre genitores conflitantes.

#### 3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A GUARDA DOS FILHOS

LISBOA (2010, p. 165) conceitua a guarda como “guarda dos filhos é o direito potestativo (direito-dever) conferido àquele que permanecer na posse da prole ou parte dele.”

Com isso percebemos que guarda, é o direito-dever de proteção e educação de seus genitores para seus filhos. O detentor da guarda tem responsabilidade com relação ao menor, de cuidar, educar e de garantir que este tenha uma vida digna. A guarda ela pode ser concedida para tanto para a mulher quanto para o homem, visto que ambos possuem os mesmos direitos e deveres com relação aos seus filhos.

Nossa Carta Magna em seu texto deu tratamento isonômico para homens e mulheres referentes aos direitos e deveres ligados a sociedade conjugal. Tal afirmação está prevista no artigo 226, § 5º da Constituição Federal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Essa isonomia afeta aos genitores com relação à guarda de seus filhos. Hoje é de notório conhecimento que tanto a mãe quanto o pai são de suma importância para a vida, crescimento e desenvolvimento de seus filhos. Com essa paridade de direito e deveres inclusive no que tange aos relacionados à guarda dos filhos, introduzida

pelo Código Civil de 2002, trouxe para o direito de família o chamado “poder familiar” que se baseia em dividir os direitos e deveres dos genitores em relação aos filhos de forma igualitária, de tal modo que a prole se sujeite aos seus pais até que estes venham, por exemplo, a atingir a maioridade, ou que se enquadre em uma das outras hipóteses previstas no artigo 1.635 do Código Civil.

O poder familiar é exercido pelos genitores independentemente se estes se casarem novamente ou estabelecerem união estável com outra pessoa, isto porque, os direitos e deveres dos genitores com sua prole não cessa com uma nova união. Essa questão está prevista em nosso Código Civil em seu artigo 1.636, que diz:

Art. 1.636. O pai ou mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Parágrafo único: Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.

Com isso concluímos que o poder familiar deve ser exercido por ambas as partes independentes do tipo de guarda estabelecida pelos genitores.

### 3.2 GUARDA E SUAS ESPÉCIES

O artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, diz que “a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”, ou seja, é de dever dos genitores ou dos detentores da guarda, os cuidados cotidianos com relação à criança ou o adolescente. Já o § 1º do referido artigo, conceitua a guarda como sendo destinada a regularizar a posse de fato da prole, ou seja, quem irá deter a posse da criança ou adolescente.

O Código Civil em seu capítulo XI fala da proteção da pessoa dos filhos, que abrange os artigos 1.583 a 1.590. Neste capítulo abordaremos duas espécies de guarda, a unilateral e a compartilhada.

A Guarda Unilateral segundo o artigo 1.583, § 1º, é aquela que é atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua. É a espécie de guarda mais comum, onde um dos genitores terá a guarda e o outro terá a seu favor assegurado o direito de visitas. Essa modalidade tem como desvantagem privar, mesmo que indiretamente, a convivência diária com um de seus genitores e com isso interfere no pleno desenvolvimento da personalidade do menor, por essas razões a guarda unilateral tornou-se uma exceção.

A guarda unilateral de acordo com o Artigo 1583 §2º:

Art. 1.583. §2º. A guarda unilateral será atribuída ao genitor que apresentar melhores condições em exercê-la e objetivamente, mais aptidão pra proporcionar aos filhos os seguintes fatores:

- I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II – saúde e segurança;
- III – educação.

Ela poderá ser requerida por consenso pelo pai e pela mãe, ou por qualquer um deles, em uma ação autônoma de separação, divórcio ou de dissolução da união estável ou por meio de medida cautelar, ou poderá também ser decretada pelo juiz, que observará a necessidade do menor.

Antes o cônjuge que desse causa a separação ou ao divórcio não tinha preferência de ficar com a guarda dos filhos, hoje isso não tem relevância no que diz respeito à guarda dos filhos, visto que, mesmo o cônjuge que deu causa a separação ou ao divórcio se apresentar melhores condições de cuidar do menor, poderá ter deferido a seu favor a guarda unilateral de seus filhos menores. É de suma importância que seja assegurado ao outro genitor o direito de visitas, não admitindo que o detentor da guarda o proíba de visitar e conviver com seu filho.

A Guarda Compartilhada segundo o artigo 1583 §1º do Código Civil é “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.”

Segundo GONÇALVES (2010, p. 285):

Na guarda compartilhada, a criança tem o referencial de uma casa principal, na qual vive com um dos genitores, ficando a critério dos pais planejar a convivência em suas rotinas quotidianas e, obviamente, facultando-se as visitas a qualquer tempo.

Conforme o entendimento de GONÇALVES, percebemos que diferentemente do que muitas pessoas pensam, na guarda compartilhada, o filho não vai morar um período com um e outro período com o outro. O infante vai morar com um dos genitores, mas terá sempre presente o outro genitor. Aqui o grande ganho ocorre com relação à educação da criança, pois os pais irão dividir a responsabilidade igualmente, tal qual estivessem juntos maritalmente. Outra grande vantagem da guarda compartilhada é possibilitar ao menor o convívio com os pais.

### 3.3 DISPUTA DE GUARDA

Conforme analisado nosso ordenamento estabeleceu formas de romper a sociedade e o vínculo conjugal, por meio do divórcio ou separação judicial. Mas o conflito entre os ex-cônjuges vai além das pendências pessoais. Após a crise na relação marital e constatado a vontade de que seja posto fim aquela união, surge uma nova disputa; a guarda dos filhos menores.

Quando a separação ou o divórcio é motivado por um conflito entre os cônjuges ou quando há ressentimento, a tendência é que essas questões afetem aos filhos menores. Inexistindo a concordância de quem irá ficar com a guarda ou qual modalidade de guarda será interposta, os pais irão recorrer à justiça para que esta possa decidir quem possui melhores condições de exercê-la. E a partir daqui

começa uma verdadeira guerra, onde a maior vítima é a criança e ou adolescente que passa a ser um objeto disputado por seus pais.

Com a disputa o interesse do menor é deixado de lado mesmo que involuntariamente e pelos pais, pois, aqui eles estão empenhados em descobrir quem tem razão e não quem possui melhores condições para os cuidados com o menor, e com isso acabam deixando de lado a responsabilidade em zelar pela saúde emocional e física de seus filhos, que com toda essa carga emotiva acabam ficando emocionalmente abalados o que irá afetar-los em todos os aspectos de sua vida.

Segundo a psicóloga BRITO (2014 – *web*):

Em termos subjetivos a posse da guarda de um filho sugere que aquele que consegue pela justiça essa guarda tenha maior poder sobre o filho. Conseqüentemente, o filho fica como um objeto que o ex-conjuge ganha na justiça como saldo de um casamento que não deu certo. Os pais não têm poder sobre seus filhos. O que deveria existir é uma relação de respeito, afeto e proteção.

Evidencia-se que para alguns genitores a disputa de guarda não visa exclusivamente atender ao interesse do menor, mas sim para atender uma disputa pessoal.

Em nossa carta magna, no Código Civil, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Divórcio, estão previstos os meios de proteção ao menor bem como o critério de aplicação de guarda que é o interesse do menor.

O principal critério é sem dúvida o interesse do menor, que em uma disputa de guarda deverá sempre ser analisado com maior apreço. Esse interesse envolve questões emocionais, materiais e morais. O interesse do menor é critério para qualquer espécie de guarda

O genitor que apresentar melhores condições morais, financeiras e emocionais, deverá ser concedido em seu favor à guarda do filho menor.

### 3.4 GUARDA COMPARTILHADA: ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS

Esse é o objetivo central da presente monografia, que tem por objetivo entender o conceito de guarda compartilhada, de forma a analisar os pontos favoráveis e os desfavoráveis com a sua aplicação.

Para LISBOA (2010, p.168) a guarda compartilhada pode ser exercida de duas maneiras:

A guarda compartilhada pode ser exercida de forma concomitante (o menor pode morar com um dos pais, porém estar sob a guarda de ambos, já que a guarda não se confunde necessariamente com a idéia de presença física ou, ainda, com a antiga noção de posse do menor) ou alternada, esta última a modalidade mais comum quando da ocorrência de separação ou divórcio. Na guarda compartilhada alternada, há um rodízio entre os guardiões, cada qual devendo arcar com os deveres inerentes à guarda tão somente durante o período para qual forem encarregados.

Portanto, existem dois tipos de guarda compartilhada, aquela exercida de forma conjunta entre os pais em que o menor irá morar com um dos seus genitores e estes dividirão as responsabilidades igualmente, ou a alternada em que o menor irá morar um tempo com um dos genitores e outro período de tempo com o outro, e cada um fica responsável em cuidar do menor nos períodos que este estiver morando com ele.

A guarda compartilhada é a regra em nosso ordenamento jurídico, conforme disposto no artigo 1.584 § 2º do Código Civil, que diz, “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quando à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”. Mesmo que um dos pais não concorde com a guarda compartilhada, poderá o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público, sempre que for possível a aplicação dessa modalidade. O juiz deverá

informar qual o significado da guarda compartilhada e quais as vantagens que ela traz para o menor.

O julgado a baixo nos mostra o entendimento dos tribunais a cerca da matéria estudada:

APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA DE MENOR - PRETENSÃO REQUERIDA PELO PAI - ESTUDO PSICOSSOCIAL A FAVOR DA GUARDA COMPARTILHADA - PEDIDO DE DELIMITAÇÃO DO COMPARTILHAMENTO - POSSIBILIDADE - DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO DE SUBMISSÃO DA GENITORA A ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO NOS TERMOS DO ART. 129, III, DO ECA - INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO SUSCITADA EM SEDE DE CONTRARRAZÕES PELO AUTOR - INOCORRÊNCIA - APELOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. - É dever dos pais a guarda de seus filhos, conferindo-lhes assistência afetiva, moral e material, proporcionando-lhe educação e desenvolvimento saudável e, quando dissolvida a união mantida pelos pais, há de se considerar o interesse da prole para a definição do exercício desse elevado mister familiar. - Observando-se que tanto as provas dos autos quanto o laudo psicológico realizado indicam que ambos os genitores possuem condições igualitárias para exercer a guarda da infante, recomendável é a aplicação da guarda compartilhada. - Evidenciadas as dificuldades de relacionamento entre os pais, mormente em razão do comportamento da genitora, é cabível a determinação de ofício, que a genitora se submeta a um acompanhamento psicológico, nos termos do art. 129, III, do ECA. (Apelação 2011214256, 2ª Câmara Cível do Sergipe, Des. Rel. Osório de Araújo Ramos Filho, j. Em 12.06.12.)

A guarda compartilhada é indicada inclusive para os genitores que não cultivem um bom relacionamento, a estes é recomendável que seja feito um acompanhamento psicológico para que possam resolver seus problemas, de tal modo que estes não venham a afetar o menor.

Essa possibilidade de acompanhamento psicológico e até mesmo psiquiátrico ocorrerá quando um dos genitores reivindicarem a guarda do infante, e o juiz verificar que ambos possuem condições de criarem o menor, aplicando a eles a guarda compartilhada e encaminhando ao acompanhamento psicológico, caso seja necessário.

O julgado abaixo explica as razões de ser indicada a guarda compartilhada mesmo para casais que não cultivem um bom relacionamento:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.

1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.

2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.

3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.

4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.

5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.

6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.

Observa-se que para nossos Tribunais é quase que unânime o entendimento de que a guarda compartilhada é usual mesmo quando não houver consenso entre as parte, pois segundo entendimentos jurisprudências, a guarda compartilhada é eficaz e a mais recomendada, visto que possibilita para o menor continuar a ter presente diariamente à figura de seus pais, mesmo que estes não sejam mais um casal.

Embora seja de notório conhecimento os benefícios da guarda compartilhada para os infantes, a guarda compartilhada deveria ser aplicada somente quando houver

entendimento e harmonia entre as partes, pois, não haverá ganho algum ao menor quando a guarda compartilhada for entre genitores em conflito.

Apesar de o texto legal recomendar a guarda compartilhada para todos os casos, inclusive para aqueles em que não houver acordo entre os pais, esse não deve ser o papel da guarda compartilhada. Ela não pode ser vista como meio de solucionar conflito de interesses entre os genitores, mas sim como forma de solucionar disputas sobre guarda quando o conflito entre os pais se limita a decidir quem será o guardião do menor.

Impor a guarda compartilhada para um casal que não concorda com ela e não possuem uma convivência razoavelmente amigável, é expor o menor a uma situação pior que os conflitos referentes à guarda. Ela deve ser aplicada para os pais que concordam com sua aplicação e para os casos em que ela é realmente mais benéfica para o menor.

A guarda compartilhada deve ser interposta para os pais que possuem um consenso com relação a sua aplicação e que possuem uma convivência amigável, pois assim a guarda alcançará seu objetivo e trará os benefícios pretendidos para o infante.

O julgado abaixo mostra a possibilidade de alteração da guarda pela falta de harmonia entre os genitores:

**ALTERAÇÃO DE GUARDA, DE VISITAÇÃO E DE ALIMENTOS.  
GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS.  
DESCABIMENTO.**

1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho.

2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um semestre, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é

imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos.

3. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. Recurso desprovido." (TJRS – Apelação Cível Nº 70 005 760 673 – 7ª Câm. Cível – rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – j. 12.03.03).

Conforme os julgados mencionados acima, é de suma importância que haja harmonia entre os genitores tanto no momento da aplicação da guarda como após a sua aplicação. Quando se aplica a guarda compartilhada entre genitores que não estão de acordo gerará futuro novos litígios com relação à guarda aplicada. Isso não é bom nem para o menor envolvido e nem para o judiciário.

O conflito entre eles faz com que seja perdido o principal objetivo da guarda compartilhada, que é assegurar uma convivência saudável do menor com seus genitores e minimizar os eventuais efeitos colaterais da separação ou do divórcio, que em um primeiro momento seria a perda dessa convivência.

Nesta mesma linha de raciocínio, AKEL (2008, p. 126) nos traz:

Parece-nos uma árdua tarefa e, na prática, um tanto duvidoso que a guarda compartilhada possa ser fixada quando o casal não acorde a esse respeito. Ainda que vise atender ao melhor interesse da criança, o exercício conjunto somente haverá quando os genitores concordarem e entenderem seus benefícios; caso contrário, restaria inócuo.

Com isso, concluímos que é de extrema importância que o ex-casal tenha um bom relacionamento e que estejam de comum acordo com a aplicação da guarda compartilhada.

Talvez esse seja o único ponto negativo da guarda compartilhada, pois se a intenção do legislador ao prever a sua aplicação era manter o convívio saudável do menor com seus genitores, ao aplicá-la a um casal que não concorde com sua aplicação ou que não consigam conviver amigavelmente, compromete a sua eficácia, isso por que

os ex-cônjuges terão que conviver com a presença um do outro e se essa convivência for algo insuportável para eles, acabará afetando ao menor.

O fato da guarda compartilhada poder ser aplicada mesmo entre cônjuges que não estejam em concordância com relação a sua aplicação, não quer dizer que a guarda compartilhada seja ruim, pelo contrario, ela é sim a melhor modalidade de guarda, pois é a que melhor atende as necessidades do menor. Devendo ser aplicada quando for possível e quando os pais a quiserem. O acompanhamento psicológico recomendado pelo nosso ordenamento jurídico, nos casos em que um dos genitores dificulte a convivência com o menor é uma ótima opção, e em alguns casos atinge bons resultados, tornando possível que seja mantida a guarda compartilhada e que se alcance o seu objetivo.

Por fim, a guarda compartilhada é uma ótima opção para os casos em que os pais coloquem o interesse dos filhos a frente dos seus interesses pessoais, alcançando assim o objetivo da guarda que é atender as necessidades do menor.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objeto de estudo do presente trabalho é a guarda compartilhada que está inserida no Direito de Família, um ramo de grande relevância para o Direito e que sofre diretamente com as mudanças da sociedade.

Para tanto, foi necessário analisarmos a família, e toda a sua importância para a sociedade e para o nosso ordenamento jurídico, bem como a dissolução da sociedade conjugal que afeta diretamente o núcleo familiar e faz gerar conflitos de interesses, tal como o da guarda dos filhos.

A guarda foi abordada de forma a explicar que a guarda é mais que um direito, é uma responsabilidade que cabe aos seus genitores. Ela é aplicada para aquele genitor que possuir melhores condições para cuidar dos filhos. Dentre as espécies analisadas de guarda, a guarda compartilhada foi a que teve maior atenção, visto que é o tema do presente trabalho.

A guarda compartilhada é a modalidade de guarda em que ambos os pais possuem direitos e deveres iguais. A guarda é exercida por ambos, sem que exista um único guardião, podendo o menor morar com um sob a constante presença do outro genitor. A guarda compartilhada é a regra em nosso ordenamento, sendo a melhor espécie para o menor, que continuará tendo seus pais presentes em sua vida.

Segundo entendimentos jurisprudenciais essa espécie pode ser aplicada mesmo que os ex-cônjuges não estejam de acordo com sua aplicação, pois para o legislador o que deve ser levado em consideração é o interesse do menor e não a preferência de seus genitores.

É importante ressaltar que o intuito da guarda compartilhada é atender ao interesse do menor e assegurar que esse continue a ter a presença efetiva de ambos os pais em sua vida, bem como assegurar que os pais tenham direitos e deveres iguais na vida de seus filhos. Todavia, é difícil alcançar o objetivo da guarda compartilhada

quando os pais estão em conflito ou quando não concordam com a aplicação da guarda compartilhada. Para tentar sanar essa questão o legislador estabeleceu que quando houver esses conflitos, o genitor deverá ser submetido a acompanhamento psicológico.

O fato da guarda compartilhada poder ser aplicada mesmo entre cônjuges que não estejam em concordância com relação a sua aplicação, não quer dizer que a guarda compartilhada seja ruim, pelo contrario, ela é sim uma ótima opção para os genitores que estejam de comum acordo, pois é a que melhor atende as necessidades do menor. Devendo ser aplicada sempre que for possível e quando os genitores a quiserem.

Portanto, embora a guarda compartilhada tenha seus pontos discutíveis que vem sendo ajustado conforme a necessidade é inegável a sua eficácia e a sua importância, principalmente para o menor.

## REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda Compartilhada: um avanço para a família. São Paulo: Atlas, 2008.

BEVILÁQUE, Clóvis. Código Civil Comentado, 1ª Ed, 1954, Vol. 2

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002: Código Civil Brasileiro: In Vade Mecum 11ª Ed, São Paulo, Saraiva, 2014.

BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de Julho de 1990: Estatuto da Criança e do Adolescente, 11ª Ed, São Paulo, 2014.

BRITO, Adriana. Psicóloga Especialista em Saúde Mental na Infância e na Adolescência pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Publicado <http://www.percepcoes.org.br/artigos.asp?idarticulista=29> Acesso: 22/06/2014

DIAS, Maria Berenice. O fim da separação: um novo começo. Advogada especializada em Direito de Família e Sucessões. Ex-Desembargadora do Tribunal de Justiça-RS. Vice-Presidente Nacional do IBDFAM. Disponível: [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/o\\_fim\\_da\\_separa%E7%E3o\\_-\\_um\\_novo\\_recome%E7o.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/o_fim_da_separa%E7%E3o_-_um_novo_recome%E7o.pdf) Acesso: 30/07/2014

DILL, Michele Amaral. CALDERAN., Thanabi Bellenzier. Evolução Histórica e Legislativa da família e da filiação. In: âmbito Jurídico, Rio Grande, 85, 01/02/2011 Disponível: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9019](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019) Acesso: 10/06/2014

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 5 Direito de Família, 24ª Ed. Reformulada – São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVEZ, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito de Família, 7ª Ed. Ver. e atual – São Paulo : Saraiva, 2010.

LISBOA, Roberto Senise. Manual do Direito Civil. Direito de Família e Sucessões, 6ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Direito de Família, 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível : AC 10028110050201001. Apelação Cível – ação de divórcio – Prévia Separação Judicial por mais de um ano

ou separação de fato por mais de dois anos – desnecessidade – Nova Redação do Art. 226, § 6º, da CF/88 – Emenda Constitucional 66/2010. Relator: Armando Freire. Publicado: 10/07/2013. Disponível em: <<http://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115984076/apelacao-civel-ac-10028110050201001-mg>> Acesso: 12 de agosto de 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível : AC 10028120022638001. Direito de Família – Divórcio Consensual – Comprovação de Lapso Temporal de Separação de fato ou judicial – Exigência afastada pela Emenda Constitucional n. 66/2010 – Sentença Mantida. Relator: Edgar Penna Amorin. Publicado: 24/03/2014. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119636261/apelacao-civel-ac-10028120022638001-mg>> Acesso: 12 de agosto de 2014.

SERGIPE. Tribunal de Justiça. Apelação Cível: AC 2011214256. Apelações Cíveis - Ação de Modificação de Guarda de Menor - Pretensão Requerida Pelo Pai - Estudo Psicossocial a Favor da Guarda Compartilhada - Pedido de Delimitação do Compartilhamento - Possibilidade - Determinação de Ofício de Submissão da Genitora a Acompanhamento Psicológico nos Termos do Art. 129, III, do ECA - Intempestividade do Recurso Suscitada em Sede de Contrarrazões Pelo Autor - Inocorrência - Apelos Conhecidos e Parcialmente Providos. Relator: Des. Osório De Araujo Ramos Filho. Disponível em: <<http://tjse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21920282/apelacao-civel-ac-2011214256-se-tjse>> Acesso: 16 de junho de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Superior Tribunal Federa. Embargos de Declaração no Recurso Especial Nº 633.713 - RS 2004/0028417-4. Recurso Especial. União Homoafetiva. Sociedade de fato. Partilha. Patrimônio Amealhado Por Esforço Comum. Prova. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Publicado: 28/02/2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24976742/embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-edcl-no-resp-633713-rs-2004-0028417-4-stj>> Acesso: 20 de julho de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de justiça. Apelação Cível Nº 70005760673. Alteração de Guarda, de Visitação e de Alimentos. Guarda Compartilhada. Litígio Entre os Pais. Descabimento. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcelhos Chaves. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013mai01/guardacompartilhada-nao-imposta-judicialmente-solucao>> Acesso: 20 de agosto de 2014